



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto. In attesa delle motivazioni di Corte cost., c.c. 14 maggio 2015 / Antonio Vallini. - In: DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO. - ISSN 2039-1676. - ELETTRONICO. - (2015), pp. 1-11.

Availability:

This version is available at: 2158/1002299 since: 2015-06-22T09:31:01Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

IL CURIOSO (E DOLOROSO) CASO DELLE COPPIE FERTILI PORTATRICI DI MALATTIE EREDITARIE, CHE POTEVANO RICORRERE ALL'ABORTO, MA NON ALLA DIAGNOSI E SELEZIONE PREIMPIANTO*

In attesa delle motivazioni di Corte cost., c.c. 14 maggio 2015

di Antonio Vallini

SOMMARIO: 1. L'astratta coscienza dei parlamentari — 2. La pesante realtà dei diritti — 3. Il legislatore a scuola di ragionevolezza — 4. Il curioso caso di cui al titolo: gli episodi fondamentali... — 5. ...e il finale (aperto) scritto dalla Consulta — 6. La lezione non imparata

1. L'astratta coscienza dei parlamentari

La legge 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita, originò (anche) da un "voto di coscienza".

Quando si tratti di regolamentare questioni c.d. eticamente controverse, ricorrente è la strategia, appunto, dell'affidamento "alla coscienza dei parlamentari" di decisioni destinate a incidere nella sfera più intima delle persone, sui diritti personalissimi che in quella sfera acquistano vita e cercano protezione. Ora, nelle alte sedi ove le coscienze dei nostri rappresentanti s'arrovellano, capita che scarso riscontro trovino dati empirici e argomenti tecnici prospettati da medici e scienziati. Ancor più flebile risonanza hanno, a maggior ragione, le sospette premure dei giuristi. Vale a poco, ad esempio, rammentare che - qualunque sia il beneficiario privilegiato della nostra *pietas* (il concepito, gli aspiranti genitori, il futuro figlio) - è *comunque* insensato impedire a coppie portatrici di una patologia ereditaria di ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto per selezionare embrioni *in vitro* privi delle temute anomalie (e crioconservare gli altri), se poi a quelle stesse coppie - a quella stessa donna - si consente successivamente di ricorrere alla diagnosi prenatale e, casomai, all'aborto del feto "malato" (sia pure a certe condizioni). Così articolando il sistema giuridico non si tutela affatto il concepito (di cui comunque si consente la soppressione, oltretutto quando annidato in un utero materno e in fase più avanzata di sviluppo), e però crudelmente si impone alla donna, tra più opzioni tecnicamente disponibili, quella più

* Per corrispondere alla tempistica della Rivista, omettiamo di attardarci nel predisporre un apparato di riferimenti bibliografici. Chi volesse approfondire può trovare compiute e aggiornate citazioni, e più estese argomentazioni, ad es. nei nostri *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in questa Rivista, nonché *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir.pen.proc.*, 2014, 831 ss. Affrontavamo più ampiamente i medesimi temi in *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, spec. 287 ss.

invasiva e più pericolosa per la sua salute; nonché quella più frustrante per le sue ambizioni di maternità, in quanto meramente interruttiva di una gestazione in atto, mentre la diagnosi preimpianto consentirebbe l'instaurazione di una gravidanza con l'aspettativa di partorire un figlio sano. Un macroscopico difetto di ragionevolezza, insomma, che del tutto gratuitamente riserva alla donna un *surplus* evitabile di sofferenza.

Ma vale a poco, dicevamo, proporre argomenti come questo: la "coscienza dei parlamentari" non può farsi turbare da questioni tanto terrene e volgari, come i dati di fatto, la logica, i bisogni profondi e le dolorose esperienze di uomini e donne, la Costituzione repubblicana. Essa dev'essere lasciata libera di vagare in un'estasi deliberativa ove si inseguono profonde intuizioni metafisiche; in una sorta di fertile sonno della ragione, che genera leggi.

2. La pesante realtà dei diritti

Accade, poi, che provvedimenti così concepiti debbano uscire dalle aule parlamentari per confrontarsi con quella realtà che pretenderebbero di regolamentare, e con l'ordinamento giuridico da cui pretenderebbero accoglienza. In questi ben diversi ambienti non basta più la roboante retorica dei "valori", bensì conta, più prosaicamente, la capacità di proporre soluzioni sistematicamente armoniche, adeguate a principi fondamentali, praticamente perseguibili e ragionevolmente soddisfatti di quei diritti e libertà fondamentali che, tipicamente, reclamano tutela nel settore c.d. del "biodiritto". Come, ad esempio, il diritto alla salute e la libertà ad autodeterminarsi in ambito sanitario (art.32, 1° e 2° co., Cost.; art. 35 CDFUE); la libertà da ingerenze nella sfera privata e familiare, dove si estrinseca, tra l'altro, il diritto alla procreazione (artt.2, 13, 29, 31 Cost.; art.8 CEDU; artt.7 e 9 CDFUE); la libertà di ricerca scientifica, e il correlato il diritto collettivo alla conoscenza, che in ambito bio-medico vivono di una naturale correlazione strumentale con la salute, nella sua portata collettiva e individuale (artt.9, 32, 33 Cost., art.13 CDFUE,).

Certo, tali istanze possono essere temperate all'esito di accorti bilanciamenti, e però l'esercizio di prerogative costituzionali può trovare un limite solo quando davvero offenda, o almeno metta in pericolo, interessi cui l'ordinamento attribuisce un rilievo pari o paragonabile, riconducibili a soggetti effettivamente tali, secondo un criterio – direbbero i penalisti - di "offensività" che si fa particolarmente stringente quando quel limite voglia assurgere a divieto penalmente sanzionato.

Non basta, dunque, asserire la (in sé sacrosanta) esigenza di salvaguardare la "dignità umana", quando poi il contenuto di tale concetto venga tendenziosamente mutuato da visioni etiche di parte, che in un ordinamento laico e pluralista non possono acquistare alcuna valenza vincolante generale, specie se prive d'un chiaro avallo nella Costituzione o in atti internazionali. Né si può argomentare dall'intrinseco disvalore di interventi "artificiali" in tema di procreazione, secondo un "pregiudizio naturalistico" dallo statuto filosofico e giuridico a dir poco precario, e comunque in contrasto con indicazioni costituzionali secondo le quali, quando il trattamento di

fecondazione “artificiale” serve a superare un problema di salute che comporta uno svantaggio sociale, esso deve essere addirittura promosso dall’ordinamento, ai sensi degli artt. 3, 2° co., e 32 Cost. Neppure, ancora, si può contrapporre il valore “assoluto” di “diritti umani” riconducibili a entità, come l’embrione, che l’ordinamento vigente (ivi compresa la stessa legge 40/2004!) sembra trattare, nel migliore dei casi, alla stregua di persone “in potenza”, il cui *status* non è dunque paragonabile a quello di chi “è già persona”. Ed è altresì poco plausibile paventare, non si sa bene in virtù di quali massime di esperienza, angosianti “derive” verso le quali spingerebbe il pieno riconoscimento di talune libertà: l’offensività è fatta di causazione, o almeno “causabilità”, di danni concreti, supportata da leggi scientifiche; qualcosa di ben diverso da mere illazioni pseudo-causali alimentate da orrore etico.

Se, poi, ritenessimo che in questi settori il legislatore conservi comunque un buon margine di libera e insindacabile discrezionalità, il minimo che si può pretendere è che egli sia coerente almeno con se stesso: che articoli in modo sensato le sue scelte, senza tradirle un momento dopo averle dichiarate; che operi bilanciamenti analoghi in casi analoghi, evitando sacrifici non necessari di diritti di cui egli per primo riconosce la rilevanza.

3. Il legislatore a scuola di ragionevolezza

Ebbene, sulla legge 40/2004 si è sviluppato un vero e proprio “corso di ragionevolezza” (principalmente ispirato dagli artt.3 e 32 Cost.) in tre sonore lezioni, tenute, e inferte, dalla Corte costituzionale a un legislatore pervicacemente restio ad autocorreggersi.

Così, nella sentenza n. 151/2009 gli si è insegnato come, se nella stessa legge 40/2004 espressamente si mantiene ferma la legge 194/78 - secondo la quale il diritto alla salute della donna prevale sulle prerogative del concepito (“che persona deve ancora diventare”: Corte cost n. 27/1975) – nonché (artt.1 e 4) si autorizza la procreazione assistita in quanto trattamento medico volto a superare patologie e disfunzioni riproduttive, secondo un criterio di “minore invasività” (mettendo necessariamente in conto il mancato attecchimento e, dunque, il “sacrificio” di alcuni ovuli fecondati), non si può poi contraddittoriamente disciplinare quel trattamento in modo da mettere a repentaglio la salute della donna, nel (vano) tentativo di garantire una tutela assoluta dell’embrione; non si può, cioè, impedire *a priori* la formazione (e la crioconservazione) di embrioni soprannumerari utili per successivi trasferimenti, qualora i primi impianti non andassero a buon fine, né si può imporre il contemporaneo trasferimento di tutti gli embrioni prodotti (come si faceva nei censurati art.14, co.2 e 3). Tali rigide prescrizioni, infatti, impediscono al medico di adeguare la sua prestazione alle variabili esigenze del caso clinico e alle indicazioni della scienza medica più accreditata, nell’interesse della paziente (ad es. al fine di evitarle ulteriori stimolazioni ormonali per la produzione di altri ovuli per nuove fecondazioni, o allo scopo di prevenire il rischio di gravidanze plurigemellari).

Dalle medesime premesse deriva, altresì, che quel trattamento deve essere *a fortiori* garantito, quando il problema di sterilità di cui la stessa legge 40/2004 auspica il superamento sia particolarmente grave. È dunque illegittimo – spiega la Corte nella sentenza n.162/2014 – vietare la fecondazione eterologa (artt.4, co.3, e 12, co.1), unico trattamento praticabile quando uno o entrambi i membri della coppia siano del tutto incapaci di produrre gameti utilizzabili. D'altronde tale divieto risultava eccedente e inutilmente vessatorio (anche a danno della libertà riproduttiva) rispetto allo scopo di salvaguardare altri interessi implicati nella vicenda procreativa (in specie quelli del figlio, o del donatore), posto che il medesimo legislatore ha altrove predisposto più equilibrate e ampiamente sufficienti forme di tutela: ad es. riservando l'accesso soltanto a chi abbia problemi di fertilità o sterilità, definendo un chiaro *status* familiare per il nato da eterologa (artt.8 e 9), stabilendo requisiti sostanziali e formali delle strutture sanitarie e oneri di documentazione delle pratiche (v. artt. 10 e 11 l. 40/2004), vietando la commercializzazione di gameti e la surrogazione di maternità (art.12, co.6), prevedendo in altre leggi adeguate prescrizioni igienico-sanitarie per la donazione di tessuti e cellule umane (d.lgs. 6/11/ 2007 n. 191, ma v. anche d.lgs. 25/1/ 2010, n. 16), ecc..

Qualche giorno fa, infine e finalmente, l'ufficio stampa del Palazzo della Consulta comunica che «nella camera di consiglio del 14 maggio, [è stata dichiarata] l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche». Viene insomma colpito il già segnalato, e più macroscopico, dei vizi di ragionevolezza.

Doveroso avviso, prima di procedere sul punto: per la chiusura del “corso di ragionevolezza”, si attende – per quest'anno almeno – un'ultima lezione, riguardante la possibilità di donare gli embrioni non impiantabili alla ricerca scientifica (cfr. Trib. Firenze, ord. 7.12.2012 n. 4942).

4. Il curioso caso di cui al titolo: gli episodi fondamentali...

Non bisogna stupirsi se la violazione più evidente e gratuita del criterio di ragionevolezza e di prerogative fondamentali in ambito procreativo è quella che viene ad esser sanzionata più tardi dalla Consulta. Innanzitutto, come vedremo presto, già la sentenza 151/2009 aveva a che fare con la diagnosi preimpianto. Gli è, poi, che i giudici civili avevano cominciato sin da subito a ricevere ricorsi, per lo più ex art.700 c.p.c., con cui si chiedeva di ordinare a cliniche più o meno convintamente riottose l'attuazione di diagnosi e selezione preimpianto (e, in subordine, di sollevare questione di costituzionalità relativamente a norme che sembravano ostacolare l'attuazione di quelle pratiche, come ad es. gli artt.1, 4, 13 e 14, commi 1 e 2, l.40/2004) . Sicché la Corte, in realtà, era stata chiamata in causa molto presto da un Tribunale (di Cagliari: ord. 16

luglio 2005), che interveniva dopo le resistenze di altri giudici, fondate sul curioso presupposto dell'insindacabilità a priori delle scelte del legislatore su temi tanto delicati (Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004). Ne era però derivata, allora, una pronuncia di inammissibilità per motivi formali e procedurali (ord. 24 ottobre 2006, n. 369). Il deludente esito aveva da un lato scoraggiato i giudici a proporre nuove questioni, dall'altro lato li aveva indotti a muoversi in autonomia, tentando la strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata, peraltro già ampiamente tracciata da certa parte della dottrina (pioneristiche, in tal senso, Trib. Cagliari, 22.9.2007, n. 46; Trib. Firenze, ord. 17.12. 2007). Un'interpretazione che aveva nei fatti tramutato la diagnosi e selezione preimpianto, da supposti delitti, a veri e propri diritti (così rendendo meno urgente un nuovo intervento della Corte), riconoscibili però soltanto a coppie sterili e infertili. Chiarissimo e non del tutto superabile in via interpretativa, infatti, il già citato divieto di accesso alla procreazione assistita (e dunque alla diagnosi preimpianto) indirizzato a coppie, invece, fertili, fossero pure portatrici di gravi patologie geneticamente trasmissibili (si poteva al più far rientrare nel concetto di "infertilità" la probabilità di trasmettere al feto anomalie tali da incrementare significativamente il rischio di aborto spontaneo). È dunque nella rimozione di questo ultimo e non indifferente ostacolo che sta la portata realmente innovativa dell'ultima decisione del Giudice delle Leggi (a dire il vero Trib.Salerno, ord. 9-13 gennaio 2010, aveva già ordinato diagnosi e selezione preimpianto a favore di una coppia fertile, in virtù di una sedicente interpretazione adeguatrice che costituiva, in realtà, una palese forzatura della legge).

Altrove, e in questa stessa rivista, abbiamo già indugiato in modo più o meno analitico sulla cronistoria di quella interpretazione costituzionalmente orientata. Ci limitiamo qui a una rapidissima panoramica. La diagnosi genetica preimpianto è un diritto perché gli artt.6 e 14, co.5, l.40/2004, riconoscono appunto un diritto al consenso informato degli aspiranti genitori e, in specie, ad essere ragguagliati circa lo stato di salute dell'embrione (le linee guida del 2004, che sancivano la praticabilità della sola diagnosi di carattere "morfologico", non "genetico", meritavano disapplicazione in quanto in contrasto con la legge, e comunque venivano dichiarate illegittime per eccesso di potere dal TAR Lazio, sent. n. 398/2008; le linee guida del 2008, eloquentemente, non riproponevano quel vincolo). Né la diagnosi, né la selezione, preimpianto sono, peraltro, delitto. Non integrano, in particolare, il reato di "sperimentazione sull'embrione" di cui all'art.13, 1° comma – neppure quindi le "sottofattispecie" di cui ai commi successivi (ove pure si parla di "selezione eugenetica", di "clonazione per scissione precoce", e di altre pratiche all'apparenza analoghe a quelle in esame) - giacché si tratta di interventi non sperimentali né nei fini, né nei modi (lo scopo è, infatti, diagnostico e procreativo, in vista del quale si usano tecniche ampiamente studiate e praticate). La più volte citata sentenza della Corte costituzionale, n.151/2009, ha inoltre modificato il reato di "sovrapproduzione embrionaria", rendendo tale condotta lecita quando funzionale alla soddisfazione di un'esigenza medico-sanitaria rimessa alla valutazione del medico, e introducendo, altresì, una deroga implicita al reato di crioconservazione degli zigoti non trasferiti in utero (in altre sedi abbiamo espresso caute perplessità riguardo a questa deroga

implicita, ma abbiamo nondimeno evidenziato come il medico, in alternativa, potrebbe lasciar estinguere tali embrioni senza incorrere nel reato di “soppressione” di cui all’art.14, 1° co., trattandosi del mancato impedimento di un evento che egli non ha l’obbligo giuridico di impedire). Di talché, il ginecologo può procedere a fecondare una quantità di ovuli superiore a quelli necessari per l’impianto, quando ciò sia funzionale all’esigenza medico-sanitaria di disporre di un numero di zigoti abbastanza ampio per sperare che, tra di essi, almeno qualcuno sia privo di anomalie genetiche: numero direttamente proporzionale, è evidente, alla probabilità che i genitori hanno di trasmettere la patologia (Trib. Bologna, ord. 29 giugno 2009; Trib.Salerno, 9-13 gennaio 2010). Nessuno, infine, ha mai seriamente ritenuto che la *lex imperfecta* dell’art. 6, co.3, l.40/2004 – stando alla quale il consenso alla procreazione assistita è irrevocabile, una volta avvenuta la fecondazione – sottintenda un implicito e atroce trattamento sanitario obbligatorio, volto a imporre la gravidanza alla donna che rifiuti l’impianto dell’embrione malato: si tratterebbe, per vero, di uno “stupro di Stato” per più motivi incompatibile con l’art.32, 2° co., Cost., e specialmente perché palesemente offensivo del valore della “persona umana” (la norma è comunque all’attenzione della Corte costituzionale, in quanto implicata nella già ricordata questione avente ad oggetto la possibilità di donare alla ricerca scientifica embrioni soprannumerari, malati e non impiantabili).

L’interpretazione costituzionalmente orientata trovava un ulteriore, e decisivo, supporto in una fonte subcostituzionale (*ex* art.117 Cost.: v. Trib.Cagliari, ord. 9.12.2012) quale è la decisione che i giudici della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo presero all’unanimità sul caso “Costa e Pavan c. Italia” (del 28.8.2012, divenuta definitiva l’11.2.2013, a seguito del rigetto del ricorso intentato dal governo italiano presso la *Grand Chambre*). Ricorrenti erano due coniugi portatori di fibrosi cistica - in passato già trasmessa a una figlia, e successivamente motivo di un aborto – che s’erano visti negare l’accesso alla fecondazione assistita e alla diagnosi preimpianto in quanto “fertili”. Il nostro Paese veniva condannato per violazione dell’art.8 CEDU, e in particolare per aver conculcato le ambizioni procreative di suoi cittadini in modo non necessario né proporzionato, come dimostrato dal fatto che a coppie egualmente fertili, che versino in analoghe condizioni e perseguano analoghi scopi, lo stesso ordinamento riconosce la facoltà di ottenere l’interruzione di gravidanza. Insomma, a voler proseguir nella metafora: il “corso di ragionevolezza” è stato arricchito dal contributo di un *visiting professor* di elevata caratura, intervenuto per insegnare al riottoso discente come certi diritti umani, e le logiche dell’uguaglianza e della ragionevolezza, siano in ampia misura sottratti alla sua creatività normativa, anche perché proiettati in una dimensione sovranazionale giustiziabile.

Il Tribunale di Roma che si trovava a giudicare, dopo la CEDU, del medesimo caso Costa – Pavan, in diretta “esecuzione” della sentenza europea decideva di disapplicare *tout court* le norme censurate della legge 40/2004. Una scelta drastica, probabilmente contrastante con il ruolo di parametro “interposto” che la Corte costituzionale assegna alle decisioni CEDU nel sistema delle fonti, e però non del tutto peregrina: vi sono alcune implicite indicazioni nella stessa giurisprudenza costituzionale che sembrano attribuire a quelle sentenze un diverso grado di

“vincolatività”, riguardo al giudice che si trovi a decidere dello stesso caso concreto, ovvero riguardo al giudice che giudichi di casi analoghi (una distinzione del genere compare da ultimo, un po’ sibillinamente, nella sentenza n.49/2015). Una scelta indotta altresì, v’è da credere, da ragioni di urgenza. Il giudice – a differenza del legislatore – ha più difficoltà a distogliere lo sguardo dai volti e dalle storie delle persone concrete che lo hanno interpellato, e gli si parano dinnanzi. La donna ricorrente era già abbastanza avanti con l’età, sicché l’attesa di una sentenza del giudice delle leggi avrebbe probabilmente fatto venir meno i presupposti anagrafici per sottoporsi utilmente alla procreazione assistita e, dunque, avrebbe frustrato quel diritto per il quale tanto pervicacemente ella aveva combattuto, sino a vederlo consacrato in sede europea.

Successivamente, nondimeno, lo stesso Tribunale di Roma, in rapporto a un caso analogo (donna coniugata portatrice sana di distrofia muscolare, con probabilità di trasmissione del 50%, reduce da un precedente aborto), sollevava questione di costituzionalità con ordinanza del 15 gennaio 2014; dopo alcune settimane approdava al Palazzo della Consulta altra ordinanza dal tenore simile, e del medesimo giudice *a quo* (28 febbraio 2014).

5. ...e il finale (aperto) scritto dal Giudice delle Leggi

Queste ultime questioni sono state infine accolte dalla Corte costituzionale, nei termini che abbiamo indicato. Attendiamo le motivazioni, perché ne abbiamo bisogno. Azzardiamo tuttavia fin da adesso qualche osservazione.

La decisione – che certo avrà preso a parametro gli artt.2, 3, 32 e 117 Cost., 8 e 14 CEDU – crea direttamente quel coordinamento che mancava tra la legge 40/2004 e la legge 194/1978. Coppie non fertili potranno accedere alla fecondazione artificiale e alla diagnosi e selezione preimpianto quando versino in una situazione che, in una fase successiva, potrebbe consentir loro di ricorrere all’aborto: quando, cioè, abbiano un corredo cromosomico capace di attivare «processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» forieri di «un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art.6, co.1, lett.b., legge 194/78).

La bussola è dunque, ancora una volta, la salute psico-fisica della donna.

Nelle sentenze in tema di procreazione medicalmente assistita la Corte insiste molto sul diritto alla salute, non soltanto come parametro di (in)costituzionalità, ma anche – in prospettiva opposta – come *confine sistematicamente fondato degli spazi di praticabilità delle tecniche di procreazione assistita*. Diciamolo chiaramente: in sé e per sé avere figli, per via naturali o artificiali, qualunque sia il contesto familiare o il progetto genitoriale, è una funzione strutturalmente intima che non può offendere niente e nessuno: men che mai i figli stessi, posto che l’atto procreativo è quel che dà loro vita, sicché è difficile asserire che, senza quell’atto, avrebbero vissuto un’esistenza più gratificante, caratterizzata da un maggior benessere o da un più pieno godimento di diritti. A voler dunque argomentare soltanto in termini di “libertà procreativa”, secondo cadenze rigorosamente logico-analitiche ispirate dall’*harm principle*, l’esito

dovrebbe essere quello di una tendenziale *deregulation*: bisognerebbe considerare incostituzionale pressoché qualsiasi “illecito di concepimento”, in quanto idoneo a interferire in uno spazio di privatezza corrispondente a un diritto umano, senza tutelare alcunché di comparabile. Così, ad esempio, verrebbero meno validi motivi per porre limiti all’accesso alla procreazione assistita da parte di coppie fertili, qualunque scopo esse perseguano.

Nondimeno, la Corte costituzionale ci spiega, una volta di più, che tali trattamenti mantengono un’aura di legittimità fintantoché funzionali alla soluzione di problemi di salute. Per intendersi, il perseguimento del “figlio perfetto”, di intenti edonistici o eugenetici, o ancora l’avversione per rapporti sessuali con finalità riproduttiva non motivata da ragioni sanitarie (ad esempio motivata da omosessualità?) non sembrano poter incontrare eguale apprezzamento presso il giudice delle leggi. Dalla teleologia dell’art.32 Cost., e da un coordinamento sistematico più volte ribadito tra la legge 40/2004 e la legge 194/78 – che in quella teleologia funzionalmente si inserisce – la Corte ricava dunque, sentenza dopo sentenza, quel “limite” di cui tanti reclamano la necessità rispetto a pratiche che sollevano seri dilemmi antropologici; forse anche per precludere definitivamente la strada a un legislatore che nuovamente volesse dedurre tale limite, invece, da postulati etici.

Nel caso di specie, tuttavia, questa impostazione pone qualche problema di raccordo con il diritto vivente. L’interpretazione costituzionalmente orientata di cui si è detto è stata certo elaborata in rapporto a storie dense di sofferenza in cui erano implicati, in varia guisa, problemi di salute almeno psichica della donna. In astratto, tuttavia, quella lettura porta diritta alle seguenti conseguenze: una volta avuto accesso alla procreazione assistita per superare problemi di sterilità o infertilità, la coppia ha diritto a essere informata, genericamente, sulla salute dell’embrione – dunque anche riguardo ad anomalie non gravi né pericolose – potendo poi rifiutare l’impianto in ragione di criteri selettivi quali che siano, essendo in ogni caso impossibile il trasferimento coattivo (si pensi all’ipotesi, per niente di scuola, di genitori che considerino certe disabilità un pregio, e dunque le desiderino per i loro figli). Un ostacolo a tali incontrollate estensioni si può al più rinvenire nell’art.6, comma 4, della legge 40/2004 (ove si consente al medico di non proseguire nell’impianto “per motivi di ordine medico-sanitario”), nonché in certe norme deontologiche. V’è da chiedersi se, adesso, l’esigenza stringente di prevenire “gravi problemi di salute per la donna” debba valere come condizione per l’accesso alla diagnosi e selezione preimpianto anche per le coppie sterili o infertili. Dal tenore del comunicato della Corte, non parrebbe; in caso affermativo, la sentenza avrebbe paradossalmente – ma, forse, opportunamente – circoscritto la ben più ampia facoltà già riconosciuta a tali soggetti dall’elaborazione giurisprudenziale. Dovrà inoltre attentamente considerarsi l’altro versante del medesimo problema: vale a dire, quanto e se quell’interpretazione costituzionalmente orientata possa estendersi alle coppie fertili portatrici di patologie trasmissibili che, da ora in poi, potranno ricorrere alla procreazione assistita. Cosa e chi impedirà loro di “approfittare” di questa apertura per poi utilizzare le informazioni sulla salute dell’embrione per scopi difforni da quelli posti a fondamento della richiesta di accesso? Si potrà ritenere, insomma, che l’esigenza di prevenire patologie

del nascituro, capaci di mettere seriamente a repentaglio la salute psico-fisica della madre, operi non solo come requisito per l'accesso, ma anche da rigoroso criterio selettivo delle informazioni che il medico è tenuto a dare e delle scelte dei ricorrenti cui egli è tenuto a dar seguito?

Un altro dato che attrae la nostra attenzione è come la Corte abbia deciso di decidere. Nonostante l'evidenza del vizio di costituzionalità, nonostante il vincolo sostanziale e formale posto a Strasburgo, tale esito non era affatto scontato, e deve essere stato oggetto di ampie discussioni tra i giudici costituzionali (il che forse spiega il tempo non indifferente trascorso tra l'udienza e la comunicazione del dispositivo). Come emerge anche dalle perplessità che abbiamo appena espresso, in realtà diagnosi e selezione preimpianto pretenderebbero un attento sforzo regolamentatore del legislatore, cui la Corte sopperisce con difficoltà. Il motivo di incostituzionalità risiede – lo abbiamo detto – in una irragionevole discrasia rispetto alla possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza. Sennonché le condizioni di cui trattano gli artt.4 e 5 l.194/78, relativamente alle prime settimane di gestazione, sono di carattere *procedurale*: la donna che intenda abortire deve lamentare un serio disagio corrispondente a quelli tipizzati nell'art.4 (tra i quali la "previsione di anomalie o malformazioni del concepito", che possano determinare un "serio pericolo per la salute" della donna, in relazione alla gravidanza, al parto o alla maternità) da ponderare ulteriormente nel contesto di un percorso medico, assistenziale, burocratico ed eventualmente giudiziario, articolato secondo cadenze rapportate a una gravidanza in atto. Una disciplina, dunque, che non si presta a essere estesa *sic et simpliciter*, in virtù di una sentenza manipolativa, al caso di chi richieda l'accesso alla procreazione assistita: fattispecie fenomenologicamente diversa, anche se analoga nelle implicazioni di valore. Tantomeno una sentenza della Consulta potrebbe, è ovvio, inventarsi un'intera e nuova procedura, adattata alle peculiarità di questa diversa situazione. Considerate tali difficoltà, una sentenza di rigetto della Corte, condita da una sollecitazione al legislatore a intervenire, non avrebbe certo destato scandalo.

Invece la Consulta ha superato l'ostacolo con un *escamotage* all'apparenza arguto, per quel che si può intendere in assenza delle motivazioni. Ha scelto di mutuare le meno procedurali, ma più rigorose e oggettive, condizioni di accesso all'interruzione volontaria di una gravidanza *oltre i novanta giorni* (art.6 l.194/78). Si potrebbe lamentare che, in questo modo, permane un'irragionevole disparità di trattamento, essendo alla fine più facile accedere all'aborto nei primi novanta giorni di gestazione, che non già alla procreazione assistita quando neppure è avvenuta la fecondazione. Forse, però, una simile critica non darebbe ragione della finezza dell'operazione.

Innanzitutto, lo ribadiamo, si tratta di un intervento che opportunamente tiene conto dell'impossibilità tecnica di esportare la "procedura" di cui agli artt.4 e 5 l.194/78. Le condizioni stabilite nell'art.6 l.194/78 si distinguono da quelle valide per i primi novanta giorni di gestazione per il fatto di incentrarsi, più semplicemente, sulla certificazione medica di processi patologici di oggettiva gravità. La traslazione di tale materiale normativo in altro contesto può dunque compiersi anche mediante una sentenza additiva, perché un'eguale certificazione ben può avere ad oggetto quella

“patologia genetica” che giustifica la richiesta di procreazione medicalmente assistita (la Corte si limita a precisare che il documento dovrà essere redatto da sanitari di strutture pubbliche).

Sennonché, in quel nuovo contesto qualcosa necessariamente muta. L’art.6 l.194/78, nella sua collocazione originaria, tratta di un feto già esistente, e di una gestante, sui quali dunque possono attuarsi analisi e valutazioni mediche capaci di fare emergere le rilevanti anomalie, malformazioni e patologie nella loro attualità, o almeno prossimità temporale. Gli artt.1 e 4 della l.40/2004 si riferiscono, diversamente, a soggetti che stanno chiedendo un ausilio biotecnologico per formare embrioni da sottoporre successivamente a diagnosi genetica. La certificazione cui ora la Corte fa riferimento, dunque, non potrà che presupporre una diagnosi *sugli aspiranti genitori – non sul concepito*, che ancora non esiste – per misurare quanto siano effettivamente portatori di una patologia genetica grave e potenzialmente trasmissibile; così grave da porre le premesse di un notevole pericolo per la salute psico-fisica della donna, da valutarsi quest’ultimo, tuttavia, in termini ancor più *prognostici* di quanto già non accada nella disciplina della interruzione di gravidanza, sicché decisivi saranno il vissuto soggettivo dell’interessata, la sua auto-attestazione di un notevole e credibile disagio. In qualche modo, insomma, quei presupposti che nell’art.6 della legge 194 del 1978 appaiono peculiarmente rigorosi e “oggettivi”, trattandosi di legittimare un aborto su un feto in fase avanzata di sviluppo, una volta impiantati nel diverso ambiente della legge 40/2004 subiscono una metamorfosi adattativa: mantengono gravidanza quanto ad astratto statuto nosografico delle patologie di cui si paventa la trasmissione (soltanto patologie di particolare gravità), e tuttavia vengono viepiù a “soggettivizzarsi”, e a sollecitare meri pronostici, per quanto concerne, più nello specifico, il futuro, “grave” pericolo per la salute materna. Fosse davvero questo, il senso della sentenza, sarebbe quasi la quadratura del cerchio: il richiamo all’art.6 l.194/78 circoscrive in modo significativo i problemi sanitari che consentiranno l’accesso, fugando timori circa possibili derive in vario modo “eugenetiche”; per altro verso, disegna una misura delle condizioni di accesso alla procreazione assistita da parte di coppie fertili in fin dei conti non dissimile da quella delineata negli artt.4 e 5 l.194/78, così riducendo di molto le dimensioni di una possibile, residua disparità di trattamento.

6. La lezione non imparata

La Consulta ha deciso dunque di non limitarsi a impartire compiti ad altri organi costituzionali, come pure avrebbe potuto; ha preferito “sporcarsi le mani”, adoperandole tuttavia in una cucitura del sistema, par d’intuire, di particolare pregio (vedremo la tessitura delle motivazioni). Dando lustro e legittimazione a posteriori a un risalente lavoro “costituzionalmente orientato” tutto dottrinale e giurisprudenziale, meticolosamente volto a rimediare ai danni, prima, all’inerzia, poi, del legislatore.

Vi è da esprimere soddisfazione, ma anche sconforto per questa autorevole, ennesima certificazione – perché di questo si tratta – dell’impossibilità di contare su un

serio e consapevole impegno del Parlamento riguardo a questioni controverse eticamente, sì, ma giuridicamente orientate dalla grammatica dei diritti fondamentali (quando non da specifiche, e vincolanti, decisioni delle Corti). A poco valgono, insomma, corsi di ragionevolezza e di diritto costituzionale: v'è una sorta di protervia - che assomiglia molto alla pavidità - incompatibile con l'apprendimento.

Ce ne sono altre, nell'agenda di Camera e Senato, di questioni del genere, che trattano ad esempio di scelte di fine vita e unioni tra persone dello stesso sesso, anch'esse ampiamente impostate da preve indicazioni dei giudici, della Consulta, delle Corti europee. Temi che toccano da vicino l'intimità, le aspirazioni, gli affetti e le sofferenze di molte persone in carne e ossa, ma che quando approdano in Parlamento sembrano assumere fatalmente una connotazione per niente empatica e semmai ideologica o strategica, arenandosi nelle secche di scontri frontali tra visioni preconcelte. Oppure ispirano soluzioni pilatesche, o estemporanee: come la proposta, affiorata in questi giorni sull'onda della schiacciante vittoria dei sì nel referendum irlandese sul matrimonio omosessuale, di operare una modifica alla Costituzione affinché provvedimenti legislativi su temi di rilievo bioetico vengano adottati col supporto di un "referendum di indirizzo", così da «far decidere i cittadini, la vera coscienza civile del Paese»¹.

Stenta ad affermarsi il principio secondo il quale diritti umani e libertà fondamentali non sono alla mercé degli esercizi di coscienza di nessuna maggioranza, parlamentare o referendaria che sia.

¹ www.ilfattoquotidiano.it/2015/05/28/temi-etici-fioroni-referendum-dindirizo-per-nozze-gay-eutanasia-e-fecondazione/1725840/